29

POR DOÑA ANA DE LA COVA.

CON

EL CAPITAN IVAN Carrasco de Ayala, ambos vezinos de la Isla de Tenerife, en las Canarias.



PRESVPONGO EN EL HEcho, que por veynte y seys de Setiembre del año passado de seyscientos y veinte y tres, el Coronel Christoual Truxillo de la Coua, Regidor de la dicha Isla, hizo su testamento; por el qual auiendo hecho algunas mandas, instituyò por su vniuersal heredera a la dicha Doña Ana de la Coua su sobrina, que tenia dentro de la casas de su morada: despues de lo qual por dos de Enero del año siguiente de veynte y quatro, hizo y otorgò otro testamento, en el qual instituyò por su vniuersal heredero al dicho Capitan Iuã Carrasco de Ayala, dexando vn legado de seys mil ducados à la dicha Doña Ana; y mandò, que el testamento que antes tenia hecho, en lo que no fuesse contrario, se obseruasse, y guardasse. Muriò el dicho Coronel auiendo dispuesto en la forma referida de sus bienes, y despues de auer passado otras cosas, de que en el discurso de este papel se harà mencion, la susodicha

puso

puſo demanda al dicho Capitan Iuan Carraſco de todos los los bienes que huuo, y heredò del dicho Coronel, pidiendo ſe los dieſſe, y reſtituyeſſe con los frutos, y rentos deſde el dia de la muerte del dicho Coronel; eſto por quãto la intẽcion, y voluntad del dicho Coronel auia ſido, y fue ſiempre, de que fueſſe ſu heredera vniuerſal, y que el auer nombrado por ſu heredero al dicho Capitan Carraſco, auia ſido en confiança, mediante la fee, y palabra que le auia dado al dicho Coronel de reſtituyr toda ſu herencia a la dicha Doña Ana de la Coua ſu ſobrina.

Reſpondioſe por parte del dicho Capitan Carraſco, negando la dicha confiança, y afirmandoſe en que la voluntad de el dicho Coronel fue dexarlo por ſu heredero ſin grauamen de reſtitucion; y concluſo el pleyto, ſe pronunciô ſentencia por los juezes del Audiencia de Canaria, que reuocando la del inferior, condenaron al dicho Capitan Carraſco, a que dieſſe, y reſtituyeſſe a la dicha Doña Ana todos los bienes, y hazienda, que huuo, y recibio por fin, y muerte del dicho Coronel, con los frutos, y rentas deſde el dia de la muerte haſta el de la real reſtitucion. Y eſta ſentencia pretende la ſuſodidicha ſe à de confirmar ex ſequentibus.

Todala dificultad deſte pleyto conſiſte en ajuſtar, que eſtè baſtantemente prouada la dicha confiança, y contrato, que la dicha Doña Ana pretende huuo entre los dichos Capitan Carraſco, y Coronel Chriſtoual de Truxillo teſtador, de que huuieſſe de dar, y reſtituyr a la ſuſodicha la herencia, que en lo aparente, y publico le dexaua al dicho Capitan Carraſco; porque aſſentado que eſtè provado lo referido no recibe duda, q̃ el dicho Capitan Carraſco tiene obligacion de hazer la dicha entrega, y reſtitucion a la dicha Doña Ana actione negotiorum geſtorum argum. tex. in l. ſi pupilli, §. ſi quis pecuniam, ff. de negocijs geſtis, vt in expreſſo docent Bartolus, l. quidam cum filium, ff. de hæred. inſtit. Paulus de Caſtro conſ. 395. nu. 1. & alij communiter.

Entre otros teſtigos, que de diferentes circunſtancias preſentò la dicha Doña Ana para prueva de ſu intento, ay dos que conteſtan, en que el dicho Coronel antes de acabar, y fenecer el dicho vltimo teſtamento, dixo, y declarò al dicho Capitan Carraſ-

Carrasco como el dexarle por su heredero, era en confiança, y solo a fin de que restituyesse toda la herencia a la dicha Doña Ana su sobrina; a que respondio el dicho Capitan Carrasco, que lo haria, y cumpliria ansi, que ya tenia entendida su voluntad, que no solo la herencia, pero con su hazienda propia seruiria a la dicha Doña Ana; dizenlo ansi Francisca Guerra a fol. 28. y Maria Gonzalez a fol. 30. con que supuesto que se trata de prouar vn contrato, parece que no recibe duda, que està provada la dicha confidencia, quam duobus testibus plenè probari firmarunt relati, & secuti per Gracianum discept. 650. num. 32.

Neque obstat la tacha que se les pone de ser domesticos de la dicha Doña Ana, quia licet regulare sit domesticum testimonium vilipendendum fore ex iuribus vulgatis, esto tiene falencia en los domesticos, que lo eran al tiempo que sucedio el hecho, de que se trata, siendo de his, quæ domi gesta fuerunt per apertum, & rotundum in l. consensu, C. de repudijs. Y esto porque (como dize el mesmo texto) ea, quæ domi geruntur, facile per alienos non poterunt confiteri. y lo que mas es, q̃ a semejãtes testigos maior fides, quã extraneis in his, quæ domi geruntur, adhibenda est per tex. in l. quoties, C. de naufragijs lib. 11. cap. tertio loco de probat. cap. veniens de testibus: ex quo dicebat Bartolus in dict. l. quoties, quod in his, quæ domi geruntur, testes domestici prius admittendi sunt, & in subsidium extranei, sequitur cum alijs Pax. in l. 62. stylli Gracianus discept. 374. num. 6. & quod domesticitas in his, quæ domi geruntur, potius augeat fidem, quam minuat, docet post Purpuratum Farin. decis. 147. num. 4. & num. 10. part. 1. Y si con estos testigos, etiam si inhabiles reputarentur, cõcurrant inditia, & præsumptiones, plenè probare, vt in vno omnes citentur, docet Farin. de test. quæst. 62. num. 335. vbi receptissimam nuncupat sententiam; que mayores indicios, y mas vrgentes presumpciones, de las que se han prouado por parte de la dicha Doña Ana en este pleyto? videlicet, el mucho amor, y voluntad que tuuo siempre el Coronel a la dicha Doña Ana, diziendo, y publicando, que le auia de dexar toda su hazienda, y que con ella no le pagaua lo que le deuia, en que contestan Bernabe Hernandez Almotacel, Fray Vicen-

te de la Peña, Doña Beatriz de la Coua, executando esta intencion, y voluntad en el testamento de veynte y seys de Setiembre, en el qual la dexaua por su vniuersal heredera, sin que huviesse causa para reuocar pocos dias despues la dicha institucion, y quitalle la herencia: siendo ansi, que siempre la tuuo en su casa, reconociendo lo mucho que la deuia, y confessandolo en la relacion del legado, que le hizo en el dicho vltimo testamento ex voluntate namque viuentis præsumimus voluntatem morientis, l. Titia, §. qui mortem, ff. de anuis lega. l. Sempronio, l. fin. ff. de vsufructu legato, l. quoniam, C. de naturalibus liberis, quam coniectutam in terminis considerat Paulus de Castro cons. 395. n. 1. lib. 2.

Item, el tratar el dicho Coronel de dexar la dicha herencia en confiança, para que se restituyesse a la dicha Doña Ana, y para ello hecho excrutinio, y pesquisa de las personas, de quiẽ se podia hazer la dicha confidencia, consultando para ello Letrados, y otras personas; como lo dizen contestes Fray Antonio de Lucena, Bernabe Hernandez Almotacel, Gaspar Fresco del Castillo, Fray Thomas Coronado, Iuan Fresco, Francisca Guerra, Maria Gonçalez; in qua voluntate, & intentione credibile est, quod per manserit, & quod opere expleuerit, quod consulendo quæsierit, l. stacius, ff. de iure fisci, l. cum tacitum, iuncta gloss. 2. ff. de probationibus.

Item, el auer llamado el Coronel al dicho Capitan Carrasco antes de otorgar el dicho vltimo testamento; lo qual es verosimil, no pudo ser para otra cosa, sino para dezirle, y declararle su voluntad, era dexarlo por su heredero en confiança, para que restituyesse los bienes a la dicha Doña Ana, y que le diesse su fee, y palabra de cumplirlo; pues para dexarlo por su heredero sin obligacion de restituyr la dicha herencia, no auia para que llamarle primero, ni darle noticia de que lo dexaua por su heredero contra lo que ordinariamente se haze por los testadores, especialmente siendo el testamento cerrado.

Item, el auer dicho, y afirmado el dicho Coronel despues de hecho el dicho vltimo testamento, que el instituyr por su heredero al dicho Capitan Carrasco, auia sido en confiança, para que a su tiempo diesse, y restituyesse todos los bienes heredita-

reditarios a la dicha Doña Ana, en que estan contestes Gaspar Fresco, a fol. 6. y el Padre Fray Vicente de la Peña, Ysabel Perez a fol. 29. quam coniecturam considerat Paulus de Castro dict. cons. 395. num. 1. ibi: *Et quia post factum testamentum dixit, quod reliquerat omnia bona vtrique*; Et magis in expresso Farin. dict. decis. 765. n. 9.

Item, la presumpcion que resulta de auer dexado la herencia al dicho Capitan Carrasco, y no a Doña Beatriz de la Coua su muger, que era sobrina del dicho Coronel, y a quien es verosimil dexara su hazienda, y no al dicho Capitan con quien no tenia parentesco alguno, quam præsumptionem cõsiderat Farinac. in simili dict. decis. 765. numer. 12. y sino lo hizo el dicho Coronel, fue porque su intencion y voluntad era de que ni el, ni ella tuuiessen parte en sus bienes, y solo quiso dexar en lo aparente vn heredero hombre valido, que defendiesse a la dicha Doña Ana de los pleytos injustos, con que le amenaza Sebastian de Borjes, que fue la causa para la dicha confidencia, en que contestan todos los testigos presentados por la susodicha.

Item, el auerlo confessado extrajudicialmente el dicho Capitan Carrasco despues de muerto el dicho Coronel, diziendo, que todos los bienes que auian quedado del Coronel, erã de la dicha Doña Ana, que el solo era su mayordomo, que no tenia en ellos mas que lo que le quisiesse dar la dicha Doña Ana, no haziendo, ni executando cosa alguna sin orden y voluntad de la susodicha, dando los lutos a quien ella ordenaua, y ofreciendole traer a su casa el trigo de la cosecha del primer año, en que estan contestes Bernabe Hernandez Almotacel, Francisco Guerra, Ysabel Perez, Iuan de Soto, Hilario Guerra; lo qual no hiziera si huuiera sido verdadero heredero, y no fiduciario. Con que concurre la publica voz, y fama, que contestes todos los testigos dizen huuo desde luego hasta el presente dia de que la dicha herencia se le auia dexado en confiança debaxo de fee, y palabra, de que la auia de restituyr a la dicha Doña Ana, quæ sufficeret absque alijs præsumptionibus, & indicijs, vt aliàs testibus inhabilibus plena fides adhiberetur ex Farin. dict. q. 62. nu. 339.

Y quando en el caso presente no huuiera testigos contestes

 de

215

de vista, bastaran los dichos indicios, y presumpciones, porque aun quando fideicommissum tacitum relinquitur incapaci, que trae consigo especie de delito, es comun conclusiõ, que bastan indicios, y presumpciones ad tacitæ fidei accommodationem probandam, ita Salicetus dicens se ita consuluisse, cum quæstio de facto incidisset in l. etiam, num. 7. C. ad l. falsidiam, consuluit etiam Bolognetus consil. 24. Antonius Gomez in l. 9. Tauri, numer. 25. Meneses in rubrica de fideicommiss. Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 1. tit. 4. num. 9. Farin. decis. 765. num. 11. part. 2. Matienzo in l. 6. tit. 8. gloss. 8. num. 14. lib. 5. Recopil. est enim delictum occultum propter dolũ interueniẽs, qui præsumptionibus, & indicijs plenè probari docet tex. in l. dolum, C. de dolo, & quã do de delicto liquido constare non potest, quod sufficiant cóiecturæ, affirmat Iurisconsultus in l. non omnes, §. à barbaris, ff. de re militari, ibi: *Sed licet hoc liquido constare non possit, argumentis tamen cognoscendum erit.*

Et licet contrarium se opponat Iuan Garcia in tractatulo de fideicommiss. tacito, numero 25. affirmans non sufficere præsumptiones, & inditia, sed requiri naturalem probationẽ duorum, vel trium testium asserentium accommodatam fuisse tacitam fidem, qui sint legitimi testes & tales, quibus intrepide credendum sit, non est curandum de eius opinione, quia vt ipse fatetur num. 24. loquitur aduersus communem bonis iuribus fulsitam, nec ipsi fauet tex. in l. 3. §. tacita, ff. de iure fisci, ibi: *Et alijs manifestissimis probationibus*, quia vt aduertit Mantica dict. numero 9. in quibusdam Codicibus non reperitur verbum illud, *manifestissimis*, & cum dixerit Iurisconsultus probari per chirographum, id est per scripturam priuatam, non videtur exigenda magna, vel dissimilis probatio, nam illud verbum, *alijs*, est implicativum similium, l. si fugitiui cum gloss. ff. de seruo fugitiuo, cap. sedens de rescriptis; præter quam quod in occultis manifesta probatio dicitur etiam, quæ ex vrgenti præsumptione resultat ex tex. in l. si vero, §. qui pro rei qualitate, ff. qui satisdare cog. l. licet, ff. de leg. 1. l. si quis locuples in fin. ff. de testam. manumissis, l. 1. vbi notat Romanus, C. de testamento militari.

...tentes in ...llegatus .6. ...o. Zenedo ...alesco de ...13 nº 93.

Y finalmente, quando la autoridad de Iuan Garcia fuera

tanta

tanta, que obligara a no seguir la comun, es de aduertir, que va hablando en tacito fideicommisso prohibido por hecho en fauor de persona incapaz, in quo verè delictum inuenitur propter fraudem legis prohibentis aliquem capere ex testamento; en cuyos terminos no nos hallamos, sino de tacito fideicommisso permisso; porque no se le opone à la dicha Doña Ana razon de incapacidad, ex quo non est locus delationi, vt docet expresse Imperator in l. 1. C. de delatoribus, lib. 10. vbi duplex tacitum fideicommissum constituit, vnum prohibitum, alterum permissum, propter incapacitatem, vel capacitatem fideicommissarij, & notant ibidem prædictam distinctionem facientes Baldus, & Cuiacius. Y supuesto que falta la calidad de delito, que mouio a Iuan Garcia a sentir lo contrario, no nos obsta su opinion; præsertim cum sub eisdem terminis, de quibus in præsenti, & leuioribus quidem coniecturis consuluisset fideicommissum tacitum permissum præsumptionibus probari Paulus de Castro omnino videndus cons.395.nu.1.lib.2.Farin.quoque videndus in dict. decis.765.per totam.

Y aunque en el caso deste pleyto cada vna de las dichas presumpciones està probada con dos, y mas testigos contestes, adhuc sufficeret, vt testibus singularibus probarentur ex Paulo de Castro dict. cons.395. cuius dictum sequuntur Craueta consil.73.numero 33. Simon de Pretis consil.67.num.12. Surdus cons. 94. numer. 47. Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 12. tit. 16. numero 20. vbi allegat Crauetam consil. 714. numer. 16. Cardinalis Tuschus concl.341. verbo fidem accommodans, n.1.& 2.tom.3.Farin.dict.decis. 765.num.7.Gracianus discept.650.num.24.

Ni es de consideracion el defecto, que se opone contra el examen de los testigos presentados por la dicha Doña Ana, por dezir dixeron en el plenario, ratificandose en las declaraciones, que auian hecho en virtud de las censuras; porque se deuio oponer en tiempo, y pedir se quitassen del processo las dichas declaraciones; y pues no lo hizo imputet sibi la parte contraria la culpa, y negligencia, que en ello tuuo: fuera de que el estilo ordinario, observado, y guardado en todos los tribunales (como testifica Carrasco super aliq. ll. nouæ Re-

copil.

copil.cap.4 num.37.) es presentar vn tanto de las declaraciones, y en el plenario ratificarse, que es lo que se observò en el examen de los dichos testigos: donde advierto, que no solo se ratificaron, pero aun dixeron de nueuo; porque preguntados por la segunda pregunta del intorrogatorio, despues de auerles leydo sus declaraciones, dizen, que lo contenido en ellas es la pura verdad, y en ello se afirman; palabras que induzen mas que ratificacion.

Ex quibus parece que la justicia de la dicha Doña Ana es llana, y que se deue confirmar la sentencia de la Audiencia de Canaria. Salva en todo la dignissima censura de V. m. cui hæc omnia submittimus.